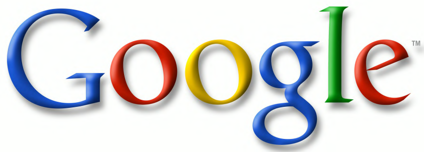



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG ·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Netherlands

IS DE INBREUK, DOOR ART. 123 DER FAILLISSEMENTSWET OP HET BEGINSEL VAN ART. 1917 B. W. GEMAAKT, GEMOTIVEERD?

Is de inbreuk, door art. 123 der Faillissementswet op het beginsel van art. 1917 B.W. gemaakt, gemotiveerd?

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Rechtswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Mr. P. A. VAN DER LITH,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID,

VOOR DE FACULTEIT TE VERDEDIGEN

op Vrijdag 14 December 1894, des namiddags ten 3½ ure,

DOOR

MARTINUS ZIJNEN DE GIER

GEBOREN TE BERLICUM (N. Br.)

LEIDEN,
S. C. VAN DOESBURGH.
1894.

FOR TX

G

Is de inbreuk, door art. 123 der faillissementswet op het beginsel van art. 1917 B.W. gemaakt, gemotiveerd?

> De schuldeischer, wiens vordering betwist wordt, is tot staving daarvan tot geen nader bewijs gehouden, dan hij tegen den gefailleerde zelf zoude moeten leveren.
>
> (Art. 123 Wet van 20 September 1893, Staatsblad n°. 140).

Onder de vele controversen op gebied van ons hedendaagsch faillietenrecht bestaande, waaraan door de nieuwe wet op het faillissement en de surcéance van betaling eene beslissing gegeven is, mag zeker wel als een der belangrijkste genoemd worden de vraag: »Is de curator in het faillissement vertegenwoordiger van den failliet of van de crediteuren?"

De wet van 30 Sept. 1893 Stb. n°. 140 in den curator den vertegenwoordiger ziende van de crediteuren, zou

hem daardoor tot derde maken, zelfs in den zin van art. 1917 B. W., waar het geldt de vordering van een dier schuldeischers tegen den failliet te verifieeren, van welke beslissing eene ommekeer in de op dit stuk gevestigde jurisprudentie van den H. R. het noodzakelijk gevolg zoude zijn. Dit laatste wilde de wetgever echter niet. Vandaar art. 123.

Geen schuldeischer is tot nader bewijs gehouden, dan hij tegenover den gefailleerde zoude moeten geleverd hebben, m. a. w. eene onderhandsche akte, waarop hij zich beroept, heeft in dit geval ook ten aanzien harer dagteekening kracht tegenover eenen derde, in casu den curator.

Dat onder vigueur van ons W. v. K. de curator derde is, is betwijfeld en door den H. R. ontkend. Voor de eerste maal gaf ons hoogste rechterlijk college deze beslissing bij een arrest van 11 Dec. 1846 Weekbl. n⁰ 768 op weinig andere gronden, dan door den advocaat der cassatie vragende partij, Mr. A. DE PINTO, werden gepleit.

Toch schijnen mij die gronden niet zoo wichtig. Als Mr. DE PINTO beweert, dat de curator wel niet anders dan vertegenwoordiger van den failliet kan zijn, omdat

hij in het bezit wordt gesteld zijner goederen, voor hèm alle daden van beheer verricht, voor hèm in rechten optreedt, dan schijnen mij alle deze argumenten met ongeveer evenveel recht door de tegenstanders dezer opinie gebruikt te kunnen worden tot verdediging hunner meening, dat de curator dat alles verricht vòòr, in het belang van, als vertegenwoordiger van de schuldeischers. Waar evenwel zijne bewering, dat de curator optreedt voor den failliet, als de voogd voor den minderjarige, de curator voor den curandus, de man voor zijne vrouw, door Mr. TAK [1]) wordt gewraakt op grond van het verschil in oorzaak hunner onbekwaamheid, zou ik Mr. TAK willen tegenwerpen, dat die oorzaak voor allen dezelfde is. Oorzaak toch is enkel en alleen de wet, die hen onbekwaam verklaart. Het verschil tusschen die soorten van curateelen en deze is hierin gelegen, dat het *niet de persoon* is van den failliet, die onder curateele staat. Doch ook Mr. DE PINTO's argument, dat de failliet het accoord aanbiedt door tusschenkomst van den curator lijkt mij zwak. Van deze tusschenkomst toch is in de wet niets voorgeschreven, en zegt integendeel art. 835 W. v. K.

---

[1]) Mr. A. TAK, Acad. Proefschrift, Leiden 1889.

»De gefailleerde is bevoegd aan zijne gezamelijke schuldeischers een accoord aan te bieden", zonder van den curator in het minste te gewagen. Ook in de praktijk komt, naar ik verneem, hoogstzelden voor, dat de curator zich met het aanbieden van het accoord belast.

Het gevoelen van den H. R. wordt verdedigd door Mr. J. C. DE MAREZ OYENS [1]) en in het Wetboek van koophandel met aanteekeningen van Mr. C. D. ASSER e. a. [2]), doch vindt heftige bestrijders in de hoogleeraren HOLTIUS [3]) en DIEPHUIS [4]), in Mr. J. G. KIST [5]) en Mr. J. C. M. VAN RIEMSDIJK [6]).

Dan zijn er nog die zich tevreden stellen met te constateeren, dat de curators optreden voor de belangen van den boedel, dat zij bewaarders zijn van diens rechten en meenen hiermede de kwestie te hebben opgelost. »Zij trekken er dit gevolg uit, dat de curator een onzijdig persoon en geen rechtverkrijgende en vertegen-

---

1) Mr. J. C. DE MAREZ OYENS, Hedendaagsch faillietenrecht, pag. 79.
2) W. v. K. met aant. p. 287.
3) HOLTIUS, 2e uitg. pag. 285.
4) DIEPHUIS, Het N. B. Recht naar volgorde v. h. B.W. D. IX, nº. 155,
5) Mr. J. G. KIST, Beginselen v. h. Handelsrecht. D. V, pag. 43, 70, 103.
6) Mr. J. C. M. VAN RIEMSDIJK, Acad. Proefsch. Utrecht 1868, pag. 59.

woordiger noch van de schuldeischers noch van den schuldenaar is. Doch dit antwoord is blijkbaar onvoldoende. Schijnbaar lost het vele moeielijkheden op doch in werkelijkheid worden de bezwaren niet weggenomen". [1])

Met name vinden wij dit gevoelen voorgestaan door Mr. D. J. MOM VISCH [2]), Mr. C. VAN BELL [3]) en Mr. G. S. J. VAN RONKEL [4]). Tot deze meening heeft zich ook Prof. DIEPHUIS [5]) laten overhalen, die haar in zijn latere commentaren verdedigt [6]).

Toch schijnen mij alle redeneeringen diergenen, die in den curator den vertegenwoordiger van den failliet willen zien, hoe scherpzinnig overigens ook, pour le besoin de la cause te zijn, eene zaak, die zij meenen die der billijkheid te wezen, — bestemd tot bestrijding van

---

[1]) Overgenomen uit Mr. VAN RIEMSDIJK, pag. 60.

[2]) Nieuwe Bijdragen 1861 pag. 503.

[3]) Mr. v. BELL, Het bewijs volgens het B. R., pag. 51, 52.

[4]) Mr. VAN RONKEL, De curator in het faillissement, pag. 70.

[5]) Nederl. Handelsrecht D. III pag. 267 Nederl. Burgerl. R. (systeem) 1872 D. II pag. 400.

[6]) Eene uitvoerige verhandeling over „de rechtsverhouding van den curator in het faillissement" levert Mr. A. TAK, Ac. Proefschr. Leiden 1889, waarin de schrijver de vraag eerder ontwijkt dan oplost, tot de slotsom komende, dat men den curator in iedere andere functie anders beschouwen moet, eene slotsom, die mogelijk juist, doch in de praktijk van weinig belang mag heeten.

gevaren, waarvan zij zich eene schrikkelijk overdreven voorstelling maken. »De gevolgen van uwe gevaarlijke en onrechtskundige leer zullen voor den handel verschrikkelijk zijn. Geen koopman is dan meer zeker van eenige pretentie; ieder faillissement, waarin hij voor een belangrijke som schuldeischer is, wordt voor hem een totale ruïne, want met het faillissement gaat zijn vordering tegen den gefailleerde geheel verloren." Aldus waarschuwt Mr. DE PINTO doch vergeet daarbij, dat vele van die pretenties toch ook nog wel van elders te bewijzen zullen zijn, vooral in den handel, waar het getuigenbewijs en ook het bewijs door koopmansboeken zoo ruim is toegelaten; vergeet daarbij ook, dat bij al dat handelspapier, waar de wet de dagteekening als essentieel vereischte voorschrijft, deze volgens velen geacht mag worden ook tegenover derden van kracht te zijn [1]).

Toch ook moeten de overwegingen van den H. R. den indruk maken, minder gevraagd te hebben naar redenen, waarom de beslissing zus of zoo zou moeten luiden, dan naar de gevolgen, die uit deze of gene beantwoording zouden voortspruiten, eene methode, die bezwaarlijk

---

[1]) Zie hierover pag. 33 van dit Proefschrift.

juridisch heeten mag [1]). En liefst zou ik mij dan ook laten overtuigen door de bestrijders van het arrest op grond van de vele rechten, die de wet den gefailleerde

---

[1]) Zoo in het bekende arrest van 11 December 1846, Weekbl. n°. 768;

O. dat indien dit rechtsbegrip van het Prov. Hof in Noord-Holland (dat de curator in een faillissement, vis à vis van den schuldeischer van den gefailleerden debiteur, die eene pretentie, op grond eener onderhandsche acte van den gefailleerde uitgegaan, inlevert, zoude zijn te beschouwen als eenen derde) op moest gaan, daarvan niets minder het gevolg zou zijn, dan dat alle schuldvorderingen gegrond op onderhandsche geschriften van eenen gefailleerde welke de schuldeischers niet voor het willekeurig en voor hen onbekend en onverwacht tijdstip van het faillissement van hunnen debiteur hadden doen registreeren door den bewindvoerder of curator in gefailleerde massa's zouden kunnen en zelfs zouden behooren te worden afgewezen, en zulks alleen op fundament, dat dergelijke curator niet als de vertegenwoordiger of regtverkrijgende des failliets, maar in opzigt tot elken schuldeischer des gefailleerden als een derde zoude te beschouwen zijn in den zin van art. 1917 B. W., en dat dien conform alle ongeregistreerde pretentiën dadelijk bij het faillissement of de deconfiture eens schuldenaars, zouden zijn te niet gegaan, immers niet bij de deeling der massa hunner gefailleerde debiteurs zouden zijn aannemelijk;

O., dat de vreemdheid en tastbare onaannemelijkheid van dergelijk regtsbegrip en van deszelfs ongerijmde gevolgen reeds doet zien, dat het wetsartikel, waarop hetzelve is gegrond, art. 1917 B. W., door den rechter a quo verkeerdelijk is toegepast, daar zelfs, naar de bepalingen op het stuk der registratie, de acten welke ten bewijze van schuldvorderingen in een failliete massa worden ingebragt, tot der zelver verificatie of admissie niet aan voorafgaande registratie zijn onderworpen behoudens de bevoegdheid van derzelver bestrijding in cas van fraude of anderszins, hetzij zij al of niet zijn geregistreerd, en behoudens de vordering van derzelver beëediging, conform art. 823 W. K., ter voorkoming zooveel mogelijk, van bedrog en collusien;

zelfstandig toekent naast den curator [1]); en ook om het onloochenbare feit, dat tijdens de samenstelling onzer wetgeving in dien zin de jurisprudentie zoowel in Frankrijk als hier gevestigd was; eenige vonnissen aangehaald bij PAILLIET, manuel art. 1328, kunnen dit getuigen.

Maar wat hiervan zij, zoodra de nieuwe wet op het faillissement en de surceance van betaling in werking

---

O. dat dan ook ten eenenmale is onaannemelijk dat de curator in een faillissement geroepen om, in plaatse van den gefailleerde, in het belang der gezamenlijke schuldeischers, des gefailleerdens massa te beheeren en te vereffenen eo ipso en uit krachte der wet, niet zoude zijn de regtverkrijgende des gefailleerden, verplicht om voornamelijk in het belang zijner schuldeischers, maar ook casu quo in zijn belang op te treden, en dat de schuldeischers, op de wijze bij de wet voorgeschreven, niet jegens den curator zouden hebben hetzelfde regt, hetgeen zij tegen den gefailleerden zelven vóór zijn faillissement hebben verkregen. O. dat toch, indien dit opging, een gefailleerde van alle zijne regten en verplichtingen jegens zijne massa zoude zijn verstoken of ontslagen bij gemis van eenen regthebbende, die in zijne plaats kan optreden, indien de door de wet in zijne plaats gestelde bewindvoerder als een derde, in opzigt tot zijn vroegere handelingen en verbindtenissen, te beschouwen ware; — en dat mitsdien de curator in casu niet, in den zin van voornoemd art. 1917, moet worden beschouwd als een derde, geheel vreemd aan de handelingen waarover geschil is, maar als de opgetredene bewindvoerder, in plaatse van den failliet, en alzoo in dien zin als deszelfs regtverkrijgende (ayant cause) voornamelijk belast tot vereffening van diens boedel, in het belang van alle de schuldeischers.

[1]) W. v. K. artt. 798, 803, 807. 818, 835, 846.

zal zijn getreden, zal deze kwestie veel van hare belangrijkheid verloren hebben. Op het stuk, waar de strijd het hevigst was, is dan de strijd beslist. Daar, waar het geldt de toepassing van art. 1917 B. W. heeft art. 123 er een einde aan gemaakt.

Hoezeer overigens ook deze wet den curator als vertegenwoordiger van crediteuren beschouwt, daar, waar het de bewijskracht geldt eener onderhandsche akte ten aanzien harer dagteekening tegenover derden, daar heeft art. 123 den curator gemaakt tot vertegenwoordiger van den failliet — *niet derde.*

Wie in art. 1917 B. W. onder derden zijn te verstaan is eene niet eensluidend beantwoorde vraag.

Eene taalkundige interpretatie van het woord »derde" te geven, schijnt mij bij de onvaste terminologie onzer wet niet wel mogelijk. De beraadslagingen over dit art. geven geen licht; weinig anders rest ons dus dan te vragen: welke waren de bronnen dezer bepaling en welke beteekenis werd er daar aan gehecht? Dit is dan ook de weg, door bijna alle juristen ingeslagen [1]), om

---

[1]) Meer den nadruk op de grammaticale interpretatie legt de schrijver van een opstel in het Weekbl. v. h. R. n°. 767.

'tot beantwoording der hier gestelde vraag te geraken, en velerlei zijn hunne resultaten.

Liefst zou ik deze in drie categorieën verdeelen:

1°. Zij, die derden nemen in de meest wijde beteekenis, allen die geen partijen zijn, die de akte niet hebben geteekend, m. a. w. onder derden ook verstaan erfgenamen en rechtverkrijgenden van partijen.

2°. Zij, die derden stellen tegenover partijen, erfgenamen en rechtverkrijgenden.

3°. Zij, die een tusschenliggende meening zijn toegedaan en onder partijen slechts erfgenamen mede begrijpen en die rechtverkrijgenden, die het zijn onder algemeenen titel.

Onze meest gezaghebbende schrijvers, zijn het sub 2°. vermeldde gevoelen toegedaan [1]). Zelf een keuze te doen is eene taak, die ik mij niet gaarne zoude opleggen en ook niet behoef op te leggen. Slechts dit wil ik beweren, dat, hoe men deze vraag ook beantwoorde, het steeds contra rationem legis heeten moet, daar, waar het geldt

---

[1]) Zoo DIEPHUIS en Mr. A. DE PINTO. Een uitvoerig, doch niet zeer helder overzicht over deze kwestie geeft Mr. D. J. L. SCHUMM, Acad. Proefsch. Utrecht 1880.

de bevoegdheid van den curator, om ter verificatievergadering eene vordering tegen den failliet te weerspreken, in dien curator iets anders dan een derde te willen zien.

Het beginsel van art. 1917 B. W. was reeds in het Oud-Hollandsch recht bekend. Dat eene akte om fraude te voorkomen ten aanzien harer dagteekening eerst door registratie van waarde wordt, komt voor in keuren van Amsterdam [1]), Haarlem [2]), Leiden [2]) en Gouda [2]), waar we lezen, dat »voor en aleer deselve Transporten, Cessiën, Verpandingen of andere Acten sullen wesen geregistreert ter Secretarie alhier in Seker Register daertoe bij de E. Heeren van den Geregte specialyck gedestineerd" zij geen kracht zullen hebben.

---

[1]) Handvesten van Amsterdam. 2e Deel fol. 556.

[2]) „Reglement en keure van die van den Gerechte der Stadt Haerlem, „noopende de Transporten van insolvente en faillierende Persoonen in „date den 17 Februari 1656."

„Keure tegens frauduleuse Transporten of andere bedrieghelijke Acten „binnen de Stad Leyden in date den 2 Maart 1656."

„Approbatie van seeckere keure gemaeckt bij den Gerechte der Stadt „Gouda tegens de simulate Transporten, en Reglement noopende de „insolvente Boedels etc., volgens Octroy van haer Ed. Groot Mog. verleend op den 8 December 1659."

Welke te vinden zijn in het Groot Placcaet-Boeck. 4de deel fol. 472, 475 en 484.

In onze eerste wetboeken en ontwerpen evenwel komt eene bepaling als art. 1917 B. W. niet voor; eene omissie, die in de »Briefwisseling van eenige regtsgeleerden" (pag. 212 v.) ten zeerste wordt gelaakt, vooral omdat men èn in het Fransche èn in het Hollandsche recht het goede voorbeeld had. In het Ontwerp 1820 treffen we art. 3327 aan correspondeerend met art. 1328 C. C. en sedert is deze bepaling in onze wetgeving gebleven.

Eenige wijzigingen van redactie zijn aangebracht; een vierde geval hier niet ter zake doende is aan de in den C. C. erkende toegevoegd, doch het beginsel vinden we onveranderd in art. 1917 B. W. terug.

Door alle Fransche en Nederlandsche rechtsgeleerden is dit beginsel als om strijd geprezen. Bij de samenstelling van den C. C. was men het er algemeen over eens. Warm werd het verdedigd in het rapport der tribunen Favard en Jaubert. De wetgever moest tusschen twee klippen doorzeilen: òf de deur open zetten voor bedrog, òf soms het belang benadeelen van lieden, die te goeder trouw geen authentieke akte wilden, hetzij omdat zij er niet aan hebben gedacht, hetzij om de kosten. Toch is het laatste bezwaar het geringst, contractanten zijn gewaarschuwd, zij hadden hunne voorzorgen kunnen nemen. C'est donc avec une

grande sagesse, que le projet a rappelé cette ancienne règle que les actes sous seing privé n'ont point par eux seuls de date contre les tiers" [1]). Dat deze regel ook in het Fransche recht van ouds was bekend, toont de jurisprudentie aangaande anti-dateering, die we bij MERLIN vinden vermeld [2]). Bij POTHIER [3]) treft men hetzelfde beginsel aan. Ook het idee om onderhandsche akten door tusschenkomst van openbare ambtenaren waarde te doen krijgen, iets dat ons min of meer aan de oud-Hollandsche registratie denken doet, was aan het oud-Fransche recht niet vreemd: Scriptura privata ex archivo publico desumpta probat [4]). De commentatoren van den C. C. beijveren zich het nut van art. 1328 met tal van voorbeelden toe te lichten. De Nederlandsche schrijvers, meenende, dat dit reeds genoeg is geschied, volstaan met zich van het juiste van dit principe overtuigd te ver-

---

1) Exposé des Motifs T. V, pag. 180; verg. ook pag. 85 en 270 en Conférences du C. C. T. V, pag. 171.

2) MERLIN, RÉPERTOIRE in Vos. Autorisation maritale sect. 4; Démission de biens, n° 5; Preuve sect. 2, § 2, Art. 2, n° 3. „car c'est une maxime constante que les écritures ne prouvent aucunement leur date contre les tiers."

3) Traité des obligations, n° 715.

4) MOLINEUS in Cons. Par. 2, § 8, gl. 1, n° 26.

klaren. Ook Mr. A. de Pinto, die zelf eenige jaren later het artikel een grootste deel zijner toepasselijkheid ontnemen zou, prijst het eene »*heilzame bepaling*" [1]).

En nauwelijks kan deze eenstemmigheid verwondering wekken, wanneer men in het oog houdt, hoe vanzelf sprekend deze bepaling is, hoezeer een noodzakelijk gevolg van de hoofdbeginselen onzer bewijsleer, een uitvloeisel dezer algemeene regelen »negantis nulla probatio" en »propria scriptura non probat pro scribente."

X. meent zich benadeeld door een handeling tusschen A. en B.; hij ontkent, dat deze handeling geschied is op een tijdstip, waarop A. en B. tot die benadeelende handeling de bevoegdheid hadden, en op A. en B. rust het bewijs, dat zulks wel het geval is. Dat zij dit bewijs niet kunnen leveren met den datum van een onderhandsche akte — *hun eigen geschrift* — spreekt van zelf. Doch daar nu deze consequentie ook licht tot onbillijkheid leiden kon tegen partijen, die te goeder trouw zijn geweest, heeft de wetgever eenige gevallen aangenomen, waarin het stuk geacht moet worden reeds op een bepaald

---

[1]) Mr. A. de Pinto, Handleiding tot het B. W., Tweede gedeelte § 1077.

tijdstip bestaan te hebben en heeft hij aan partijen inzonderheid in de registratie een middel gegeven, hunne onderhandsche akten van een vasten datum te voorzien. En mochten nu toch nog die te goeder trouw zijnde partijen door dezen regel onbillijkheid ondervinden, dan heeft nog niemand geaarzeld te erkennen, dat het grootere gevaar voor derden, die niet in staat waren zich vooruit eenig bewijsmiddel te verschaffen, zwaarder gewicht in de schaal moet leggen, dan het kleinere, dat partijen loopen. Deze toch hadden moeten weten wat zij deden; de wet zelve heeft hen gewaarschuwd, alle gelegenheid stond voor hen open zich die bewijsmiddelen, die zekerheid te verschaffen, die noodig was. »Au reste les contractans seront avertis; c'est à eux à prendre leur précautions."

Ziet hier het beginsel van art. 1917 B. W.

Nergens is het gevaar voor fraude tegenover derden grooter, dan in geval van faillissement [1]). Nergens bestaat voor den te kwader trouw zijnden schuldenaar zoo schoone gelegenheid, zijn boedel, het gemeenschap-

---

[1]) Ook in de hiervoren aangehaalde keuren had men in de eerste plaats het geval van faillissement op het oog. cf. noot 2 pag. 11.

pelijk onderpand zijner crediteuren te verkleinen door daaraan baten te onttrekken en lasten te fingeeren, als aan den vooravond eener failliet-verklaring. Nergens komt zoo zeer het groote nut, de onmisbaarheid van art. 1917 B. W. uit. Juist hier aan dit art. alle toepassing te ontzeggen, is eene wetsduiding, die ik bedenkelijk zou willen noemen. Deze uitlegging nu, na bijna een halve eeuw door den Hoogen Raad der Nederlanden te zijn volgehouden, is ten slotte door den Nederlandschen wetgever gesanctionneerd. De wetgever zelf heeft door een uitdrukkelijke bepaling, door art. 123 der nieuwe faillissementswet, aan zijn goed en oud beginsel gederogeerd.

Doch ook reeds eerder deed hij dat, toen hij voor de pandakte het vereischte van vaste dagteekening vallen liet. Niet onbelangrijk lijkt het mij zeer kortelijks den strijd hierover gevoerd na te gaan, om de groote overeenkomst, die tusschen deze en de onderhavige kwestie bestaat.

Art. 1197 B. W. eischte voor de geldige vestiging van pandrecht eene akte van vaste dagteekening voorzien. Nooit had de handel zich aan dit art. willen onderwerpen en stelselmatig was het door middel van schijncontracten

ontdoken. In 1868 zonden de kamers van koophandel van Rotterdam en Amsterdam [1]) wetsvoorstellen met memories aan de Staten-Generaal. In 1873 werd de wenschelijkheid van wijziging door de juristen-vereeniging besproken. Van de hand van Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING verscheen in Themis [2]) eene bijdrage, waarin de schrijver betoogt, dat sedert de afschaffing der interessenwet van 1807 art. 1197 geen reden van bestaan meer heeft en om zijn groote bezwaarlijkheid voor den geldhandel dus ten spoedigste moet worden afgeschaft. Dat de Ordonnance du Commerce van 1673 met het interessen verbod in verband staat, wil ik niet tegenspreken, hoewel zelfs dit aan ernstige bedenkingen onderhevig is [3]). Doch in de artt. 2074 C. C. en 1197 B. W. een maatregel tegen woeker te zien is mij onmogelijk, omdat zij als zoodanig alle effect missen, van af het oogenblik, dat de wetgever niet meer een authentieke akte eischt, doch slechts eene van vaste dagteekening voorzien; omdat ook uit

---

[1]) Magazijn voor handelsrecht X, mengelingen pag. 87.

[2]) Mr F. B. CONINCK LIEFSTING, Een legislatieve misgreep in het pandrecht en de gevolgen daarvan voor den geldhandel. Themis 1870, pag. 180.

[3]) Zie Mr. J. A. A. BOSCH, Acad. Proefschr. Leiden 1880, pag. 35 v.

de beraadslagingen over den C. C. het tegendeel blijkt [1]).

Blijkbaar is het doel dezer artt. antidateering te beletten »geen voorrang aan het pandrecht toe te kennen zonder dat de dag, waarop dat pand gevestigd werd, zeker is gesteld, opdat derden niet zouden lijden door licht vooronderstelde samenspanning tusschen den debiteur en crediteur, bezitter van het pand" [2]). Wat moet nu zwaarder wegen: de voordeelen van deze, alle kwade trouw werende bepaling, of de wensch van den handel, die vrijheid wil? Over dit punt o. m. liep de strijd. In 1873 werd door de regeering bij de Tweede Kamer een ontwerp van wet ingediend en naar de afdeelingen verzonden. De commissie van rapporteurs, na in het algemeen over de memorie van toelichting een hoogst ongunstig oordeel te hebben uitgesproken, tastte meer in het bijzonder aan de vermelding van »omslag, tijdverlies en openbaarheid" als motieven, waarom de handel art. 1197 ontdook. Zij zocht integendeel de reden enkel en alleen in de werkelijk zeer

---

[1]) Nam. uit eene redevoering uitgesproken door den tribuun Gary, te vinden bij Dalloz in Vo. Nantissement n° 31, noot [1]) n° 16.

[2]) Van Boneval Faure in Nieuwe Bijdragen 1871, pag. 304.

groote kosten en sprak de wenschelijkheid uit, dat deze met behoud der bestaande waarborgen in kostbaarheid verminderd zouden worden. De vaste dagteekening wilde men niet laten vallen. »Naar het oordeel van vele leden acht de Regeering het verdwijnen van dien waarborg tegenover derden veel te gering. Vooral bij toepassing van art. 774 W. v. K. zal men het gemis der zekere dagteekening ondervinden." Later werd een nieuw ontwerp ingediend en vond toen bij de Kamer gunstiger ontvangst, zoodat het — nogmaals gewijzigd — tot wet verheven werd [1]).

Doch ook buiten de Staten-Generaal waren deze ontwerpen bestreden door Mr. E. I. ASSER [2]). Ook deze rechtsgeleerde is van meening, dat de reden van ontduiking der bestaande bepalingen alleen gelegen is in de door die bepalingen noodig gemaakte kosten. Na het ontwerp verweten te hebben dat het aan het allereerste vereischte — gelijkstelling van kooplieden en particulieren — niet voldoet, tast ook Mr. ASSER het wegvallen der vaste dag-

---

[1]) De ontwerpen en alle daarover gewisselde stukken zijn te vinden in Bijlagen 1872—73 n° 109, en 1873—74 n° 25.

[2]) Mr E. I. ASSER, Bedenkingen tegen het ontwerp van wet omtrent Pandrecht. Amsterdam 1873.

teekening aan; hij acht dat immoreel en wil haar behouden, met vermindering van kosten.

Sedert zijn die kosten verminderd en juist daarom zijn de gronden waarop de wetgever ten tweede male van zijn beginsel afweek nog zoo veel zwakker. Keeren wij thans tot deze tweede afwijking, tot art. 123 der faillissementswet terug.

De motiveering in de memorie van toelichting, voor zoover die weinige regelen den naam van motiveering verdienen, is uiterst kort. Noch in de Tweede noch in de Eerste Kamer is bij de verdere beraadslagingen deze kwestie aangeroerd. Zoowel het verslag der commissie van voorbereiding der Tweede Kamer, als in het voorloopig verslag der commissie van rapporteurs der Eerste Kamer vindt men de meening uitgedrukt van rechtsgeleerden, die art. 123 heftig bestreden hebben, doch er geen meerderheid tegen konden vormen. Èn in het advies van den Raad van State èn in het antwoord van den minister wordt art. 123 goedgekeurd, maar niet of zwak verdedigd.

»Wanneer men in het oog houdt, dat de curator of schuldeischer die verzet doet geen andere rechten dan die van den gefailleerde geldend maakt, zij het

ook ten bate der vereenigde schuldeischers; dat de vraag waarover het verificatieverschil dus eigenlijk loopt uisluitend deze is: kan hij die verificatie vraagt aantoonen dat zijn recht tegenover den gefailleerde vaststaat, dan kan men tot geen andere conclusie komen, dan die welke nedergelegd is in het volgende artikel." Zoo luidt de memorie van toelichting [1]) en tegen deze conclusie zal zeker wel niemand bezwaar maken. Maar ik meen integendeel dat de curator of schuldeischer, die verzet doet wel degelijk ook andere rechten dan die van den gefailleerde geldend maakt, en dat hij die verificatie vraagt volstrekt niet kan volstaan met aan te toonen, dat zijn recht tegenover den gefailleerde vaststaat. »Maar zij kunnen die toelating ook bestrijden *uit eigen hoofde, op grond van hun gerechtigdheid tot den boedel, die hun gemeenschappelijk onderpand is*, maar die ook alleen tot gemeenschappelijk onderpand strekt van hen, die werkelijk schuldeischers zijn en die zij als schuldeischers met en benevens hen behooren te erkennen. Voor de toelating tot den concursus is niet voldoende, dat de schuldenaar

---

[1]) Officieele uitgave BELINFANTE 1887, pag. 186.
Uitgave BELINFANTE 1891, Deel I, pag. 123.

zich jegens den opkomenden schuldeischer verbonden heeft, maar ook moet ten opzichte van andere schuldeischers blijken, dat hij zich verbond toen hij dit nog zonder benadeeling van bestaande schuldeischers doen mocht, m. a. w. voor dat hij het beheer en de beschikking over zijn boedel had verloren. Dit moet *ten aanzien van de schuldeischers* vast staan." (v. BONEVAL FAURE, Procesrecht IV, pag. 139.) Dan lezen we in die memorie als éénige verdediging van het voorgesteld artikel. »Er mag uitdrukkelijk op gewezen worden, dat de H. R. gedurende ruim veertig jaren steeds in dien zin heeft beslist." Alsof eene interpretatie door de rechtelijke macht aan de bestaande wet gegeven voor het jus constituendum tot leiddraad mag strekken. De H. R. geeft niet altijd die beslissing, die hij gaarne zou *willen* geven, doch die, welke hij meent te *moeten* geven, omdat de wet zulks zegt. Integendeel hebben juist zulke beslissingen vaak tot verbetering der bestaande wet geleid.

In het verslag der commissie van voorbereiding in de Tweede Kamer vinden wij bij de verdedigers van art. 123 nog geheel dezelfde argumenten van Mr. DE PINTO, dezelfde onjuistheden [1]), dezelfde overdrijvingen. Weer

---

[1]) Zoo vindt men in dit verslag de volgende merkwaardige bewering:

valt men over dezelfde praktische bezwaren. »Alle onderhandsche akten van den gefailleerde uitgegaan vóór het faillissement, alzoo, terwijl hij het vrije beheer en de volle beschikking had over zijn vermogen, zouden dan gelijk zijn aan scheurpapier. Alle schuldbekentenissen, wissels, promessen, obligaties, quitanties etc. zouden waardeloos worden." Alsof niet juist de registratie daar was, om al die onderhandsche stukken een vaste dagteekening en daarmede *waarde* te geven. Alsof niet veelal de rechten, die door die onderhandsche stukken bewezen moeten worden ook op andere manieren te bewijzen zouden zijn. Alsof het niet juist vóór alles de vraag ware, of die stukken in waarheid vóór het faillissement van den gefailleerde zijn uitgegaan.

»De curator zal nagenoeg geen enkelen schuldeischer *behoeven* te erkennen en dus ook niet *mogen* erkennen zal niet de grofste onbillijkheid en rechtsongelijkheid ontstaan" [1]). Dat in dezen iets van de *willekeur* van den

---

„Rechtsverkrachting zoude worden het terzijde stellen van ieder schriftelijk bewijs, dat niet aan eene *fiscale formaliteit* voldoet." Alsof men in de registratie niets anders dan een fiscale formaliteit had te zien.

[1]) Ontwerp v. wet op het faillissement, uitg. BELINFANTE, D. II, pag. 109.

curator te laten afhangen zoo verbazend onbillijk zou wezen, kan ik niet inzien. De curator is een onzijdig persoon, van wien wij niet mogen aannemen, dat hij geheel zonder reden eene pretentie zal weigeren, dat hij den eenen schuldeischer om den anderen benadeelen zal, die er ook geen belang bij heeft om tot verkrijging eener hoogere uitkeering sommige schuldeischers te weren. Wat is er dan eigenlijk tegen, dat men dien onpartijdigen curator een zekere vrijheid laat, eene vordering te erkennen, die hij in gemoede meent eene eerlijke te zijn, zelfs al zou tegenover hem, *derde,* het gebrek aan vaste dagteekening haar waardeloos doen wezen? Waarom dan zou men, aan den anderen kant, dien curator niet in het gebrek aan vaste dagteekening een machtig wapen mogen geven tegen pretenties, die hij op goede gronden vermoedt frauduleus te zijn, waardoor men hem ontslaat van een bewijs, dat haast altijd onmogelijk te leveren zal zijn. Dat toch tegen fraude door art. 344 Swb. voldoende wordt gewaakt kan ik in geenen deele toegeven. Anderzijds wordt het bezwaar, dat ons systeem tot chicaneuse betwisting — niet van den curator, doch — van medeschuldeischers leiden zal, voor een goed deel uit den weg geruimd door de bepalingen over

de voorloopige verificatie in de nieuwe wet opgenomen.

De verdediging in het verslag van de commissie van rapporteurs in de Eerste Kamer luidt als volgt: [1]) »Indien het stelsel door het ontwerp gehuldigd niet werd aangenomen, zou zonder een vóór de faillietverklaring geregistreerd bewijs der schuldvordering geen schuldeischer van zijn recht zeker zijn. Aan zulk een alomvattende toepassing der registratie denkt niemand. En terecht. Het is niet alleen een kwestie van kosten (hoewel ook uit dit oogpunt de zaak geen aanbeveling verdient), maar het gaat niet aan de honderden stukken, die dagelijks op een kantoor voorkomen naar een registratiekantoor te brengen. Zeker zouden ook ettelijke duizenden ontvangers meer moeten worden aangesteld."

De Raad van State volstaat met te verklaren, dat hij zich met het beginsel van dit artikel wel kan vereenigen [2]). In het antwoord van den Minister vinden wij art. 123 aldus verdedigd [3]). »Men kan echter — en dit wordt gaarne erkend — het met de gekozen beslissing niet eens zijn.

---

[1]) Ontwerp van wet op het faillissement. uitg. BELIFANTE, D. III, pag. 24.

[2]) id. D. II, pag. 198.

[3]) id. D. III, pag. 51.

Maar men aanvaarde dan ook de stelling, dat alle onderhandsche akten, schuldbekentenissen, wissels, promessen, obligaties, quitanties van den schuldenaar vóór zijn faillissement uitgegaan voor scheurpapier kunnen en door den curator, wil hij juist handelen, wel moeten verklaard worden, indien zij niet werden geregistreerd of op een andere in art. 1917 B. W. aangewezen wijze eene zekere dagteekening verkregen. Eisch van recht is, de registratie enz. tot constateering van de date certaine te vorderen òf voor allen of voor niemand. Het ontwerp kiest het laatste. Het recht der schuldeischers mag niet aan onzekerheid worden prijsgegeven en van het inzicht des curators en den goeden wil der medeschuldeischers mag het niet afhankelijk zijn of een schuldtitel al dan niet een voldoend bewijs van vorderingsrecht zijn zal." En welke zijn dan de gronden voor die keuze? Alweer die iure constituendo natuurlijk niets beteekenende »bijna vijftigjarige jurisprudentie van den Hoogen Raad" en dan nog dat »deze oplossing is in overeenstemming met het beginsel, dat goede trouw verondersteld wordt." Maar juist hier geldt dit beginsel niet; een ieder is het er over eens, en art. 1917 B. W. zegt het uitdrukkelijk.

Ziet hier de overwegingen, die den wetgever tot aan-

neming van art. 123 der nieuwe faillissementswet hebben geleid. De wichtigste van alle eene niet practische, doch theorische vinden wij niet vermeld. Men mag, zoo zeggen sommige rechtsgeleerden, den schuldeischer door het faillissement van zijnen schuldenaar niet in eene nog ongunstigere positie brengen. De rechtsbetrekking die tusschen crediteur en debiteur bestond moet dezelfde blijven; het bewijs er van mag niet verzwaard worden. Doch dit is de kwestie vooruit loopen en a priori aannemen wat juist door de anderen geacht wordt de vraag te zijn, n. l. òf die rechtsbetrekking werkelijk *bestond.* Dit is eens petitio principii: De rechtsbetrekking bestond *dùs* moet haar bewijs hetzelfde blijven, waar anderen vragen naar bewijs, *dàt* ze bestond.

In hoofdzaak berust het o. i. vicieuse beginsel door art. 123 der nieuwe faillissementswet in de Nederlandsche wetgeving gebracht op twee dwaalbegrippen.

Het eerste is dit, dat men (en meer in het bijzonder de handel) in de registratie een lastige formaliteit ziet uitgevonden om den fiscus te bevoordeelen en het publiek te hinderen, eene kostbare omslachtigheid, die à tout prix ontdoken moet worden. Integendeel zou ik de registratie eene heilzame instelling willen noemen, die

tot de rechtszekerheid belangrijk bijdraagt. Dat hiermede kosten gepaard gaan spreekt van zelf. Dat zoo de registratie langzamerhand anderzijds het karakter eener belasting gekregen heeft zal men moeten billijken als eene tegemoetkoming in de kosten, die de staat in het belang der rechtszekerheid te maken heeft. Of de lasten hierdoor aan het publiek opgelegd of al of niet *te* drukkend zijn behoef ik hier niet te onderzoeken. Na de afschaffing van vele proportioneele rechten, houd ik het er voor dat het niet het geval is. Doch al was het wel zoo, dan zou dat tot deze principieele kwestie niets afdoen, dan zou het hoogstens een reden zijn tot verlaging der tarieven, nooit een argument voor afwijking van het principe ten koste der rechtszekerheid.

Het tweede dwaalbegrip is, dat men schijnt te denken, dat wanneer eenmaal eene handeling door een onderhandsche akte is geconstateerd, het bepaald verboden is, het bewijs dier handeling op eenige andere manier dan door dat onderhandsche stuk te leveren. Het duidelijkst komt deze dwaling uit in de zonderlinge begripswarring, die we aantreffen in het Acad. Proefschrift van Mr. D. J. L. SCHUMM (Utrecht 1880). Aldaar leest men:

Volgens prof. DIEPHUIS is art. 1917 B. W. ook

toepasselijk op handelszaken. Maar iets vroeger sprekende van de onderhandsche geschriften eens koopmans, die gefailleerd is zegt dezelfde schrijver het volgende: »Men heeft de gevolgen dier meening (dat de curator derde is in den zin van art. 1917 B. W.) breed uigemeten.... maar men schijnt daarbij niet genoeg in het oog gehouden te hebben, *dat de dagteekening* veelal wel van elders zal kunnen bewezen worden, *vooral in handelszaken waarbij het getuigenbewijs algemeen is toegelaten*, en ook de handelsboeken deswege als bewijsmiddel kunnen gelden." Het komt mij voor (zegt Mr. SCHUMM) dat deze plaatsen nog al met elkander strijden.

Die strijd nu komt mij voor volstrekt niet te bestaan en diegenen, die hem meenen te zien, maken zich schuldig aan de bovenvermelde dwaling. Art 1917 B. W. is op burgelijke en handelszaken gelijkelijk toepasselijk; bij beide is het mogelijk, dat de dagteekening van elders bewezen worde. Dat dit bewijs van elders in handelszaken gemakkelijker te leveren is, doet tot art. 1917 niets af.

Dat het geoorloofd is de juistheid der dagteekening van elders te bewijzen, dat dunkt mij niet twijfelachtig

te zijn. Zoo er in het geheel geen akte van de te bewijzen handeling was opgemaakt, zou men vrij zijn haar met alle door de wet erkende middelen te bewijzen. Zou men nu deze bevoegdheid verliezen, door het feit dat de handeling door een onderhandsch stuk is geconstateerd. Zou het feit, dat de handeling zelve door het onderhandsche stuk vaststaat, eene belemmering moeten zijn, om de dagteekening dier handeling op eenige andere manier te bewijzen. Dat men mij nu niet misversta en meene, dat ik mij hiermede scharen wil aan de zijde diergenen, die de opsomming der vier in art. 1917 B. W. genoemde middelen eene enuntiatieve achten. Integendeel, ik houd haar voor zoo limitatief mogelijk. *In die vier gevallen en in geen enkel ander meer staat de dagteekening vast door de acte zelve; haar te bewijzen buiten die akte om, is in alle gevallen geoorloofd.*

Zoo is het mij niet mogelijk eenige inconsequentie in de redeneering van Prof. DIEPHUIS te ontdekken; wel in die van Mr. SCHUMM, die, om tot een overigens zeer juist resultaat te komen, het dwaze uitvlucht bezigt, dat art. 1917 B. W. niet op zaken van koophandel toepasselijk zou zijn. Doch erger dan deze inconsequentie

is de consequentie diergenen, die volharden in hun dwaalbegrippen die klagen met den H. R. »dat bij vasthouding aan het beginsel van art. 1917 B. W. alle schuldvorderingen berustende op onderhandsche akten zullen kunnen en dus moeten worden afgewezen." Zeer overdreven is deze klacht, omdat wel bijna alle die schuldvorderingen *niet op die onderhandsche akte alleen* zullen berusten, omdat wel van bijna alle uit de koopmans boeken zal kunnen blijken, omdat in zaken van koophandel het van alle geöorloofd is ze door getuigen te bewijzen. Vergelijk in dezen zin de boven aangehaalde plaats uit DIEPHUIS [1]) en ook een opstel in het Weekbl. van het Recht n° 775.

Niet slechts overdreven echter, doch onjuist is het bezwaar in het verslag der commissie van voorbereiding in de Tweede Kamer geopperd, dat dan »alle wissels, promessen, quitanties etc. van den gefailleerde uitgegaan voor het faillissement gelijk zouden zijn aan scheurpapier."

De kwestie over de quitanties wil ik hier liever in

---

[1]) DIEPHUIS, B. R. naar artikelen D. IX n° 156; B. R. systeem D. II, pag. 401.

het midden laten. Dat zij buiten het begrip van onderhandsche akten in art. 1917 B. W. vallen, zou ik niet durven beweren, doch »dat eene door de praktijk als het ware geijkte uitzondering ten behoeve van kwijtingen uit het dagelijksch leven bij de auteurs en in de jurisprudentie zoo goed als burgerrecht heeft gekregen" [1]) In hoeverre dit is te billijken zou ik niet gaarne beslissen, doch zeker pleit voor deze uitzondering, dat bij kwijtingen het gevaar voor fraude oneindig geringer is dan bij vorderingen.

Dat echter wissels, promessen enz. gelijk zouden zijn aan scheurpapier wil ik weerspreken, omdat ik het gevoelen deel diergenen, die meenen, dat waar de wetgever bij handelspapier de dagteekening als essentieel vereischte voorschrijft, deze dagteekening geacht mag worden tegen derden van kracht te zijn. De meeste Nederlandsche rechtsgeleerden zijn dit gevoelen toegedaan. Zoo ook in zijn eerste uitgaaf prof. DIEPHUIS (IX, pag. 95), doch in zijn »systeem" komt de Groningsche hoogleeraar van deze meening terug (II pag. 402). Toch

---

[1]) Cf. het verslag der commissie van rapporteurs der Eerste Kamer. Uitg. BELINFANTE, D. IV, pag. 23.

schijnen mij de argumenten door Mr. J. G. KIST [1]) aangevoerd afdoende: »De wet toch heeft expresselijk bevolen, dat wissels en endossementen gedateerd moesten zijn en wel bepaaldelijk, opdat de dagteekening ten aanzien van derden zoude blijken. Tusschen partijen toch zal de dagteekening wel meestal onnoodig zijn. De datum moest derhalve ook tegen derden gelden, anders was de geheele bepaling onnoodig. Onder het Fransche recht wordt dit algemeen aangenomen, en het hof van cassatie heeft op den 12den Mei 1819 beslist, dat de dagteekening van wisselbrieven als zeker moet worden beschouwd. De wissel heeft een soort van authentiek karakter. Quia ratione bonae fidei et publici commercii huiusmodi litterae habent faciem solemnis instrumenti [2]).

Nog zou ik als argument hieraan toe willen voegen art. 138 W. v. K., dat uitdrukkelijk antidateering verbiedt, welk uitdrukkelijk verbod vrij misplaatst zou zijn indien de wetgever aan deze onderhandsche dagteekening niet eene meer dan gewone waarde had willen toekennen.

Doch het sterkste argument is zeker dit, dat wissels

---

[1]) Mr. J. G. KIST, beginselen van wisselregt, pag. 12 v.

[2]) Zoo ook Pandectes Belges in Vo. Antidate n° 55.

(en sedert 1882 ook orderbriefjes) vrij zijn van registratie, zoodat wanneer iemand een wissel, om hem een date certaine te geven zou willen laten registreeren, hij dit niet eens gedaan zou kunnen krijgen.

Zoo kom ik dan tot de conclusie, dat ook dit bezwaar tegen de consequente toepassing van art. 1917 B. W. minstens overdreven mag heeten.

En deze zijn dan de redenen, waarom ik de gronden, die ter verdediging van art. 123 der wet op het faillissement en de surséance van betaling zijn aangevoerd, voor zwak houd, zwakker dan de argumenten, die voor eene consequente toepassing van het in art. 1917 B. W. aangenomen principe pleiten, te zwak, waar het geldt af te wijken van een goed en oud beginsel ten koste der rechtszekerheid.

INHOUD.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Van eene mogelijke ontzetting of schorsing van den procureur behoorde in art 271 R. V. niet gesproken te worden.

II.

De opvatting van den H. R. omtrent het woord »rechtverkrijgende" in art. 1354 B. W. is onjuist.

III.

Abandon kan samengaan met abandonnement.

IV.

Purgatio morae is in het algemeen in ons recht niet toegelaten.

V.

Art. 264 W. v. K. is geen uitzondering op art. 1351 B. W.

VI.

Niemand kan twee hoofdverblijven hebben.

VII.

De eisch tot betaling van moratoire interessen kan niet afzonderlijk worden ingesteld.

VIII.

In zaken van summiere behandeling is niet eene afzonderlijke behandeling van het verzoek, om tot tusschenkomst te worden toegelaten, noodzakelijk.

IX.

Jure Romano stuitte de litis contestatio alleen de longi temporis praescriptio, maar niet de usucapio.

X.

In art. 231 der Gemeentewet zijn onder werken en wegen ook begrepen die, welke privaat-eigendom van particulieren zijn.

XI.

De Provinciale Staten kunnen niet bij reglement op de waterschappen hooger beroep opdragen aan den Koning.

XII.

Oeconomisch is de toenemende weelde een kwaad.

XIII.

Desertie van minderjarigen is geen delict.

XIV.

Voor het verschil in regeling van het laatste lid art. 47 en het laatste lid art. 49 Wetb. v. Strafr. bestaat geen redelijke grond.

XV.

Het verdient afkeuring, dat de kantonrechter tevens hulp-officier van justitie is.

XVI.

Tot de notarieele examens behoorden alleen diegenen te worden toegelaten, die het doctoraal examen in de rechtswetenschap hebben afgelegd.